11

IESVS MARIA, IOEPH; Y TOMAS de Aquino.

ALLEGACION IVRIDICA
POR
EL PADRE SALVADOR; Y DOñA Maria Vicenta Sanz de la Losa.
CONTRA
LA ILLVSTRE DOñA VICENTA Cruilles, Marquesa de Mirasol.



Aviendo visto, y especulado el Testamento de el Noble Don Ramon Sanz de la Losa, Oydor que fuè en la Rèal Audiencia de Valencia, y Señor de el Lugar de Guadasequies, y los memoriales, que se escrivieron tan doctamente, y de el caso (como su inspeccion manifiesta) en la vacante, que occassionò la muerte sin hijos de Don Diego Sanz de la Losa, en favor de Don Onofre Cruilles, y se han escrito ahora al de las personas en quien han passado sus derechos; me ha parecido de sobra para afiançar, y aun evidenciar el que les assiste, bastando lo literal de la disposicion, y sentando las proposiciones, que por juridicas tiene aprobadas este Supremo Consejo en Sentencias antiguas, y recientes.

2 Pues dando por supuesta la especie, no puede en ella pretender la vocaciõ la Illustre Marquesa de Mirasol por la que diò el Vinculante despues de la Muerte succedida de los descendientes Varones de Varones de Don Onofre, y Don Ramon sus hijos, a la hija mayor de aquel, porque la nom-

bra con està expressiõ de hija mayor de Don Onofre, y assi es literal, y solo comprensiva de Doña Vicenta Sanz, que lo fuè, y como si con su nombre, y appellido la huviera nombrado, y exclusiva, no solo de bisnieta de el dicho Don Onofre, segun lo es la Marquesa, pero aun de nieta, como lo persuaden las muchas, y puntuales doctrinas, que cita, y sigue Castill. *lib. 5. controv. cap. 92. à nu. 19. & 28.* y mas añadiendose la particularidad de nombrarla, no solo hija mayor de dicho Don Onofre, sino con el conotado de heredero mio primo loco, que à ninguno puede convenir, sino à el, por lo q̃ es mas estricto, y estrechado el llamamiento, y mas exclusivo, no solo de la bisnieta suya, qual es la Marquesa, que nunca por tal puede incluhirse en nombre de hija, Cyria. *controv. 521. num. 31. & seq.* Actolin. *resolut 90, num. 69. & 70.* Pero aun de la nieta quando lo fuesse.

3 Sin estas circunstancia, y en nieta, es puntual la *decis. 507. par. 2. recent.* que recayò sobre haver instituhido vno en herederos dos hijos suyos, substituhidoles todos sus descendientes Varones, y en su defecto ibi: *Filias fœminas ipsius testatoris natas, & filias fœminas dictorum filiorum masculorum quandocumque nascituras,* faltar la linea por Varonia de el testador sobreviviendo hija del vno de los hijos, y dos nietas de el otro, y pretender estas el fideicomisso, pues se declarò contra ellas, y en favor de la hija, por no venir en nombre de hijas las nietas, segun la propriedad de las palabras, vso comun de hablar, discretivo modo, concurso de hija en quien literalmente, y en el modo dicho se cumplia su significado sin resultar en perjuhizio suyo, por la personalidad del pronombre *ipsius*, y la diccion *dictorum filiorum*, segun esto lo expressa num. 9. ibi: *Nam deficiente linea masculina vocantur in testamento filiæ fœminæ filiorum ipsius testatoris, & sic non possunt ex proprie-*



tate sermonis venire nepotum filiæ, quia nepos non est filius avi, cum sit verbum ipsius personalissimum, & solum competat immediato genitori, videlicet patri, non autem mediato, qualis est avus, qui intelectus respondet alijs, nimirum dictorum filiorum, quæ cum sint repetitivæ, per inde est ac si testator expressè nominasset Archangelum, & Raphaelem, de quibus in institutione, y en nuestro caso le nombrò el testador a su hijo por su nombre, y qualidad de heredero suyo primo loco.

4 Hazese mas cierto considerando, que si la appelacion de hija mayor de Don Onofre fuesse comprehensiva de hija, ò nieta de aquella, siendo como es el llamamiento suyo primero, y successivo el de sus hijos Varones, si Don Melchor, y Don Onofre Cruilles, que lo fueron, huviessen sobrevivido juntamēte con la Marquesa hija de Don Melchor a Don Diego Sanz, premuerta Doña Vicenta hija mayor del primer heredero, huviera excluhido la Marquesa à su Padre, y Tio assi por anterior el llamamiento en que se incluhiria, como porque en el no podrian aquellos quedar comprendidos, pues en nombre de hija por femenino, no vienen los hijos Varones *l. si ita 46. ff. de leg.* 2. Peregr. *de fidei art. 26. num. 22.* Fusar. *de subst. quæst. 312. à num. 1.* Castill. *dict. lib. 5. cap. 66. num. 25.* Angel. Rodulph. *a leg. 27. num. 6. & 45. num. 9.* Y por la misma razon, si huvieran tenido hermana les huviera excluhido, incluyendose assi, por comprehendida en la vocacion de hija, aunque nieta de Don Onofre, y por primera que la de sus hijos, y siēdo esto absurdo, lo fuera pretenderla la Marquesa por la que dà el testador a la hija mayor de Don Onofre su hijo primogenito, y primer heredero.

5 Conque solo puede por la que induce la facultad de nombrar, que concedio el testador à la hija mayor de Don Onofre, que fuè Doña Vicenta Sanz, à vno de sus hijos Varones, pues no ay en

el

el testamento otra vocacion; para en el caso de la muerte de los hijos, y descendientes Varones de Varones, y de la hija mayor de Don Onofre, y es cierto que lo es la facultad de nombrar, pues aunque parezca voluntaria, es precissa *l. vnum ex familia 67. § 1. de leg. 2.* ibi: *Nõ enim facultas necessariæ electionis, l. fideicommissa 11. §. hæc verba,* ibi: *Vt possint ad filios tuos pervenire ff. de leg. 3.* Surd. *cons. 375. lib. 3. n. 8.* ibi: *Et prædicta procedunt, non solum quando dictum fuit, quod possit, & debeat relinquere, sed etiam quando dixit, quod possit instituere, vel relinquere, quia nihilominus importabit necessitatem, & erit inductum fideicommissum.* por manera, que como continua el Autor: *Verba sunt collata in necessitatem respectu substantiæ, vt scilicet bona transeant ad alium, sed in voluntatem quoad facultatem eligendi: & infra: Quia sola voluntatis declaratio comititur in hæredis voluntatem.* Mejor lo dize el *tex. in l. vnum 7. §. 1. de reb. dub.* ibi: *Verissimum est, vtile esse fideicommissum: nec enim in arbitrio eius qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat.*

6 En esta vocacion la tienen literal, y expressa los hijos Varones de Doña Vicenta del primer grado, y no sus nietos, pues le dà facultad de nombrar, y eligir vno de sus hijos Varones de aquella, y esta relacion acierta madre no admite la inclusion de nietos suyos *per text. in l. filius à patre. §. si quis ex certa. ff. de lib. & post.* el Señor Larrea *decis. 54. num. 14.* ad med. Torre *de maioratibus Ital. tom. 1. cap. 7. num. 14.* y en sentir de Castillo *vbi supra num. 46. vers. Hactenus ad fin. & vers. seq. Nec repugnat* es el verdadero del *tex. in l. cum pater 77. §. hereditatem de leg. 2.* En quanto dize: que el no poder eligir quien tuvo la facultad à nieto, es porque se la dieron restricta à los hijos del primer grado por la palabra suyos añadida a la de hijos.

7 Rota *decis. 118. num. 11. p. 17. recent.* ibi: *Testator enim, non simpliciter filias vocabit sed cum pronomine eius*

eias; quod immediatam vocationem significat, repetita decis. 262. ead. p. num. 7. ibi: *Non autem cum eis voluisse etiam nepotes admitere, vt denotat dictio illa eius, quæ tamquam relata ad ipsum testatorem, restringit vocationem ad filios immediatos.* Saminat. *controv.* 19. *nu.* 16. *&* 17. ibi: *Illa dictio eius, quæ tamquam relata ad ipsum Don Iacobum, restringit vocationem ad filios immediatos.*

8 Esta particularidad està repetida, y estrechada en lo consecutivo de la clausula ibi: *Y assi se siga de vnos hijos en otros de la dicha hija mayor del dicho Don Onofre*, no admitiendo duda, que la geminacion denota mas enixa voluntad, *per tex. in l. Balista. 32. ff. ad trebel.* y que la diccion *dicha* se refiere solo à là persona que se ve, y lee escrita antecedentemente en el auto, ò testamento, sin estenderse à la que por razon puede incluirse Barb. *de dict. vsufr. dict.* 87. *num.* 5. Gutierr. *pract. quæst. lib.* 2. *quæst.* 15. *nu.* 15. *& cons.* 18. *num.* 50. de forma que aunque en la appelacion de heredero se comprenda el heredero del heredero, no quando las palabras hijos, y herederos se repiten con la diccion referida, por la qual se excluyen los nietos, Barb. *vbi proxime num.* 8. ibi: *Quia appellatione filiorum heredum, qui repetuntur per relationem verbi dictos filios, non veniunt nepotes, quia repetit omnes qualitates.*

9 Comprendelo todo la dotrina de Cyriac. *controv.* 8. *num.* 76. donde despues de fundar à num. 71. lo que llevamos dicho de ser restrictivo el llamamiento de los hijos à los del primer grado, y no comprensivo de los nietos, quando no se nombran simpliciter, sino con algun conotado, ò termino adjunto dize en el num. 76. ibi: *Corroboratur istud fundamentum: quia Illustris testator geminando dispositionem, & restrinctionem ordinavit, quod dicta curia debet pervenire ad dictos filios, scilicet Com. Iulvij, quod verbum dictos restringit, & limitat dispositionem ad personas iam nominatas; inde cum fuerint vocati tamquam determinatæ personæ; & ac si*

pro

proprijs nominibus nominati esserit, substitutio non potest extendi ad nepotes, sed debet contineri in suis terminis limitatis. Lo mismo dize dicha decission 118. citando entre otros à Castill. *d. cap. 92. num. 30.* y continuando: *Quo casu non venire nepotes censuit Rota.*

10 Aun ciñe mas la comprehension à los hijos del primer grado de Doña Vicenta el discretivo modo de hablar de ellos à sus descendientes, que se lee claro despues de las vozes referidas ibi: *Y descendientes de aquellos,* segun el cons. celebrado de Menoch. *215. num. 69. lib. 3. & cons. 328. à nu. 6. lib. 4.* Surd. *cons. 403. num. 22, lib. 3. & cons. 554 num. 9. lib. 4.* y el que en este caso ya tienen vocacion en nombre de descendientes, en que propriamente se comprenden. *l. cohæredi 41. §. qui patrem. ff. de vulg.* Fustar. *cons. 43. à num. 44.* Sesse *decis. 64. â nu. 108.* Biech. *decis. 252. à num. 13.* y sobrevivir vno de los hijos, en cuyo detrimento le es negada al nieto la inclusion. Actolin. *resol. 81. num. 32. & resol. 90. nu. 72.* Casanat. *cons. 34. num. 11.* Spada *cons. 346. num. 26. lib. 2.* particularmente siendo Varon predilecto, *vt in dicta decis. 118. num. 18.* ibi: *Secus vero in concursu filiorum primi gradus, & vbi vlterius induceretur gravamen in masculo prædilecto.*

11 Y tratarse en esta occurrencia no de la perpetuidad del mayorazgo, sino de la prelacion entre los que pretenden ser à el llamados, y en qual de ellos ha de tener principio la linea, y se ha de entroncar la succession, en que indefectiblamente se toma en su proprio significado la palabra *hijo*, y excluye la extensiva, y abusiva comprehension, como con la autoridad de Surdo *d. cons. 403. num. 21.* que trascribe, y otros lo dize Castillo *d. cap. 92. à num. 22* Larrea *d. decis. 54. num. 24* bastando en lo general muy leves congeturas, paraque los nietos no se incluyan en nombre de los hijos, Actol. *resol. 90. num. 72.*

12 Y finalmente hallarnos en Reyno, donde las palabras de los teſtamentos, como de los Fueros, ſe han de entender à la letra, la que comprende à los del primer grado, que literalmente ſon hijos, y no à los nietos, que quando lo ſean, es ſolo por interpretacion, y extenſion prohibidas por ſemejantes eſtatutos, ſegun lo dize eſcriviendo del nueſtro Menoch. *d. conſ. 215. num. 15.* y de otros Actol. *d. reſol. 90. num. 73* Caſanat. *conſ. 58. nu. 81.* Fuſar. *conſ. 195. n. 51.* Hieron. Rocca *ſelect. iur. diſp. lib. 1. cap. 25. à num. 17.*

13 Con que eſta vocacion es literal de hijo del primer grado de Doña Vicenta, y con la qualidad de Varon, que excluye à la hembra ſin otra mayor expreſion, pues aunque en nombre de hijos ſimpliciter, ſe incluyan las hembras *l. ſi quis ita 16. de teſtam. tutel.* Rota coram Peuting. *deciſ. 258. nu. 6.* Saminiat. *controv. 53. num. 44.* no quando ay eſtatuto, como le tenemos, de que las palabras de los teſtamentos ſe hayan de entender à la letra, & prout iacent. Mant. *de conject. lib. 8. tit. 17. num. 1.* Menoch. *de præſ. lib. 4. præſ. 84. num. 22.* Rocca *d. cap. 25. num. 16.* è independente del ſtatuto, quando ſe nombran en numero ſingular, como en nueſtro caſo, Cald. *de poteſt. elig. lib. 3. cap. 15. à num. 17.* Caren. *reſol. 128. num. 39.* Vicente Bonden. *de iur. controv. lib. 1. collect. leg. 34. concluſ. 1. n. 18.* y quando con la qualidad de Varones *l. 1. ff. ad leg. Iul.* de Amb. Rota *deciſ. 43. num. 19. par. 17. recent.* Actol. *reſol. 13. nu. 49.* no pudiendo en eſte caſo por ninguna interpretacion entenderſe llamados. Idem Actolin *reſ. l. 39. num. 36.*

14 Ni puede en el comprehenderſe la nieta del hijo repreſentando la qualidad de eſte, que le falta, ò el derecho, que por razon de ella competia al Padre para la ſucceſsion, pues aun que parece ſe inclinò a eſte ſentir Franciſco à Souſ. *in repet. l. fœ-*

minæ

minæ 1. par. num. 234. ff. de reg. jur. lo reprehendiò Salzed. in Add. *ad lib. 1. de repres. cap. 12. n. 62.* ibi: *Nam si doctrina Sousæ vera, fuisset sequeretur dicendum nostro in casu filiam, licet sexum, & qualitatem non representaret, quia in parentis succedit ius, quod ratione qualitatis masculinitatis patri ad successionem competebat, excludere patrum, quod ex supradictis falsum esse constat.*

15 Y concluye la impugnacion, y addicion diziendo: *Vnde cum neptis, ex propria persona succedere non possit, & careat masculinitatis qualitate, quam pater habebat, quæ & substantialis, & esentialis est ad gradum, sine qua pater non admiteretur ad alterius exclusionem, & neptis eam nequeat representare, quemadmodum masculinitatem non potest repræsentare, ita neque in parentis jus ad alterius exclusionem succedere.*

17 Y porque aqui tenemos persona cierta, y precissa llamada, que es vno de los hijos de Doña Vicenta, en cuyos terminos no cabe la representacion Cyria. *d. controv. 8. nu. 138.* ibi: *Quinto, quoties dispositio testatoris est restricta ad certas personas, puta quod vocaverit filios, Titij tunc filius non ingreditur locum patris, ita in terminis scribit Men. sed huiusmodi est dispositio nostri testatoris* (y tambien del nuestro) *Ergo cessat representatio.* Rota *decis. 294. num. 6. par. 11. & d. decis. 118. par. 18. num. 14.* ibi: *Eandem ratione tollitur motivus repræsentationis, quæ non datur vbi persona precissa fuit honorata*, y mas quando aun en duda se deve excluhir la representacion Cyria. *vbi proxime. num. 141.*

17 Y assi en la especie de que hablamos devevemos confessar, que la voluntad literal, clara, evidente, y à todas las luzes manifiesta del Vinculante en defecto de los descendiētes agnados de sus hijos, y de Doña Vicenta Sanz hija mayor, es, y fuè, succediesse vno de sus hijos Varones, y no del segundo grado, ò nietos, ni hembra, lo que sin violencia, y con fundamento no puede negarse, pues conforme llevamos dicho con Surd. *d. cons. 375. à n. 8.*

verba

verba sunt collacta in necessitatem respectu substantiæ vt sci-
licet bona deveniant ad alium. Peral. *in d. l. cum pater.* §.
à filio de leg. 2. *num.* 42. ibi : *Nam in casu huius tex. co-*
mititur filiæ eidem que hæredi per patrem testatorẽ sola electio,
vel declaratio exercenda in vnum ex filijs eiusdem filiæ grava-
tæ ; non autem comititur aliqua dispositio , cum testator idem-
que pater iam pridem disposuerat de legato , vel fideicommisso
post mortem filiæ gravatæ per eam in vltima voluntate relin-
quendo per modum restitutionis vni ex filijs. Y assi desde el
principio la voluntad del testador fuè invariable, y
cierta, que muertos los agnados , y Doña Vicenta
Sanz , succediesse en su herencia vno de los hijos
Varones de aquella , que lo fuè propriamente , y
solo incierta en orden aqual de ellos havia de ser, si
el primogenito , segundo, ò terciogenito, ù demas,
dexando la explicacion de esta incertidumbre para
la individuacion,y certeza del hijo que havia de ser
el successor al arbritrio de Doña Vicenta su ma-
dre , y à su voluntad : Luego siendo manifiesta , y
no dudosa la del Vinculante de que en semejante
occurrencia occupasse la succession vno de los hi-
jos Varones de dicha Doña Vicenta , y que se pu-
do verificar, como se verificò literalmente en Don
Onofre , y en ninguna manera en la Marquesa por
hembra , y nieta , bien claro se dexa entender , que
aquel , y no esta , fuè el que sucediò por expresso,
claro , y literal llamamiento en el caso de la dispu-
ta.

18 Confirmase este literal discurso con la pre-
cissa distincion de nuestra clausula , entre la dispo-
sicion de que suceda vno de los hijos Varones, que
la haze el testador desde su principio sin cometerse-
la à Doña Vicenta,y la qualidad extrinseca de esta
disposicion , que es el nombramiento , y eleccion
para saberse , no que vno de sus hijos havia de suc-
ceder, q̃ esto ya estava dispuesto por el testador, sino
qual de ellos , que es lo vnico que cometiò à Doña

Vicentà, y à no ser assi seria la disposicion nulla, como dexada en arbitrio de aquella, *per tex. in l. ita institutio 32. de hær. instit.* que es como salvan todos semejante nulidad, Molin. *de hisp. prim. lib. 2. cap. 4. num. 3.* ibi: *Non enim in hac dispositione eiusdem substantia, sed solum personarum declaratio in alterius voluntatem confertur, quod iure permissum est & ibi* Add. Tell. Fern. & Aut. Gonz. à la ley 31. de Toro *ibi nu. 6 & hic num. 4.* Mer. *de maior. p. 1. quæst. 48. à nu. 1.* Canc. *variar. p. 3. cap. 20. nu. 99.* Font. *de pact. clau. 5. glos. 10. p. 1. num. 68. & seq.*

19 Coligese de los *tex. in l. quotiens. 9. §. 10. d. tit. de hær. inst.* ibi: *Si quis ita dixerit: Vter ex fratribus meis Seyam vxorem duxerit, ex dodrante: Vter non duxerit ex quadrante hæres esto: Hic rectè factam institutionem esse certum est, sed quis, ex qua parte, incertum,* y en el § si se dize ser semejante la institucion: *Vter ex fratribus meis Seyam vxorem duxerit hæres esto,* por manera, que en estos casos los hermanos, ò vno de ellos quedan ciertamente instituhidos herederos, y esto es menester paraque la incertidubre no vicie la institucion, pero qual de ellos en la primer especie ser el heredero, y en la segunda ex drodrante, vel quadrante, que es vnicamente lo incierto, no le vicia, por poderse despues certificar, que es lo que dexò solo por disponer el testador,

20 Por lo que el que haze la eleccion, teniendo la facultad de hazerla, es vn nudo executor de la voluntad del que se la diò, y quien la explica, sin poner, ni dar otra cosa, teniendo el nombrado, ò electo la herencia, ò legado por la voluntad, y disposicion ya certificada, y executada del primero, y por su testamento, y no del segundo, *l. vnum ex familia de leg. 2.* ibi: *Postquam electus est, ex alio testamento petere potest, & §. 1.* ibi: *Perinde omnia servabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus est primo testamento fideicommissum relictum fuisset, l. pater. 21. ff. de man. vind.*

ibi:

ibi: *Solam enim electionem filio concessit, ceterum ipse manumitit. d. l. vtrum. 7. §. 1. ad fin. de reb. dub.* ibi: *An post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat.*

21 Corroborase mas con el exemplo de los codicillos, en los que no solo, dexar pero ni confirmar herencia inutilmente dexada en el testamento se puede, ni añadir condicion *l. 2. §. vltto. l. divi 6. de jur. codic l.* y sin embargo, si vno dize, instituyò heredero aquien nombrare en los codicillos, ò si en ellos dexare por mi heredero à Titio, vale la institucion, porque no se entiende dada la herencia en los codicillos, sino en el testamento *l. asse toto 77. de hær. inst.* ibi: *Ideo quod licet codicillis dari hæreditas non possit, tamen hec ex testamento data videtur. l. institutio 10. ff. de cond. inst.* ibi: *Nec videtur hæreditas codicillis data, quod inter dictum est*, & ibi: *Quæ testamento data esset.* mejor lo dize para el caso la *l. 38. de cond. & dem.* ibi: *Si ita scripsero, quantum codicillis Titio legavero, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet, solaque quantitas in codicillo delata est.*

22 En la misma forma disuelve la duda de la *l. illa institutio.* la decis. 207. de Torre *post tract. de pact. futur. succ.* pues opponiendosela ibi: *Non obstat quod dispositio testatoris in hac parte, vti collata in liberam voluntatem hæredis, à cuius facto pendebat legare, & ad sui libitum, aut abstinere ponit in dubio legatum, quod in iure non admititur, & pro non data facultate censendum est per tex. in l. illa institutio.* despues de la prueba, que se necessitara en aquel caso, continua à num. 8. *Attenta intentione onerandi heredem, & imponendi in si nul necessitatem constituendi legati personis sibi bene visis, & expressis, ac si ipse specificè nominasset legatarios, non vero hæres, qui illius voluntatem in hoc executioni de mandavit, & sequuta nominatione, ac personarum specificatione, illis debetur legatum, tametsi non sint in testameeto expressæ cum satis sit, quod verificentur ex post, ad hoc vt hobijci nequeat vitium incertitudinis.*

23 Y haziendose el argumento contra la prueba, que como diximos fuè precissa, que para ella seràn menester cinco testigos, porque se tratava de probar la voluntad del difunto, responde à nu. 11. *Quia in proposito non est quæstio circa dispositionis, vel legatū extra testamentū ordinatū, super quo opus est vt tot testes deponant, sed versamur in casu quo fuit conditum testamentum, & de certa quantitate dispositum, sed dispositio indiget sola declaratione, hæc enim recte fit per duos testes.*

24 Luego la voluntad, y disposicion del fundador fuè cierta, è invariable de que en nuestro caso sucediesse vno de los hijos Varones de Doña Vicēta Sanz, y solo incierta respeto de la individual persona, exemplifiquemoslo respeto si havia de ser el successor Don Melchor, ù Don Onofre, ù otro qualquier hijo Varon, que tuviesse aquella, que es lo que vnicamente cometiò, y dexò à su arbitrio, y eleccion, y de modo que haziendola de vno de aquellos, este recibiria el fideicomisso, y la vniversal herencia por la voluntad, y disposicion del testador, y como si en su testamento estuviesse escrito su nombre, sin darle cosa alguna Doña Vicenta, ni hazer otro, que executar la volūtad de su Abuelo: Luego fuè fixa, y aun vnica, la de que fuesse, y huviesse de ser successor en este frangente vno de los hijos Varones de Doña Vicēta, y la q̄ se verificò en Don Onofre por el acahecimiento, y sin necessitarse de la eleccion de aquella, y assi es literal, y claro su llamamiento por la volūtad cierta, y clara del testador, y que certificò el evento.

25 Dexala mas evidente, el que si Doña Vicenta huviera ocupado la succession, y muerto dexando en hijo vnico à Don Onofre, y en nieta del predifunto à la Marquesa, no podria eligirla, y sin eleccion succederia, aquel, porque no es nombrada paraque en ella pudiera exercerse por hembra, y nieta, y porque està restringida la facultad à las

quali-

qualidades de hijo, y Varon, fuera de las quales la
eleccion seria nulla *d. l. cum pater §. hæreditatem* Sesse
decis. 53. num. 5. ad fin. ibi: *Sicut non valeret, si dispone-*
ret in alios preterquam in nominatos à testatore Carolo An-
Ant. de Luca *de lin. leg. lib. 1. art. 18. num. 3.* ibi:
Et facultatem nominandi, seu præeligendi restrictam ad cer-
tum genus, non potest quis illud egredi, sed tantum inter illius
personas exercere, alias nominatio corruit, & habetur pro in
fecta, & infra: Quod non potest alterare ordinem à testatore
præscriptum vni gratificando, & alium excludendo: Roxas
d. p. 1. cap. 6. §. 25. n. 357. ibi: *Comissarius autem ad*
vnguem debet observare conditiones: & qualitates facultatis
sibe concessæ ad eligendum, seu nominandum successorem, quia
si excedit, nominatus non erit de linea electiva.

26 Parece lo dixo aun mexor Burat. *decis. 744.*
nu. 4. & 5. ibi: *Vnde quidquid factum fuit contra formam*
à testatore præscriptam non est attendendum in materia electio-
nis, & ideo non potest eligi, nisi juxta ipsius voluntatem, &
num. 9. Quia procedunt allegatæ dotrinæ, quando fuit data fa-
cultas eligendi simpliciter, secus autem quando electio fuit con-
cessa qualificate, prout hic: Testator enim se restringit ad ali-
quas conditiones quæ concurrere debet in persona eligenda, y
lo mismo Fontan. *decis. 527. num. 8.* y sobre lo in-
dividual pueden verse Sesse *decis. 64. n. 74.* Casan.
cons. 59. à n. 12. Paz. *de tenut. cap. 34. n. 122.* Roxas
p. 8. cap. 8. n. 7. Iulius Capon. *controv. 8. n. 30. vers.*
Et licet. Torre *de maior. Ital. tom. 1. cap. 27. §. 3. nu.*
12.

27 Y la razon juridica, es porque no haziendo
la eleccion Doña Vicenta de vno de sus hijos Va-
rones, observando las qualidades de hijo del pri-
mero grado, y Varon, que le fueron prefingidas
por el testador, y haziendola de nieta, ò hembra,
ù de otra persona estraña, no obedeceria, ni obser-
varia, su volũtad, q̃ deve observarse de que es pun-
tual el *tex. in l. filius familias 114. §. cum pater de leg. 1.* en
que el Padre cometiò à la fee del hijo, aquien insti-

 tuyò

tuyò heredero, y de que tenia tres nietos, no enagenase el fundo, sino que le dexase en la familia; y el hijo à sus dos hijos instituyò herederos, exheredò al tercero, y legò el fundo à vn estraño, y refiere el consulto: *Divi Severus, & Antoninus rescripserunt, verum esse, non paruisse voluntati defuncti filium.* conformandose el *tex. in l. sed si ante 10. ff. ad treb. Quia non ita restituitur hereditas, vt testator rogavit*: Con que sale evidente la prueba de la propruesta de que la voluntad literal, clara, y cierta del Vinculante en la occurrencia, que se disputa, es, succediesse, y succeda vno de los hijos Varones de Doña Vicenta Sanz, que vino acumplirse al pie de la letra en Don Onofre, y en ninguna manera pudo en la Marquesa, y en consequencia que con exclusion de esta succediò aquel.

28 Oygo me diràn, que esto fuera muy bueno, si Doña Vicenta Sanz huviera sobrevivido al vltimo agnado, occupando la succesion, muerto su hijo primogenito Padre de la Marquesa, y despues ella viviendo Don Onofre, ò entrambos, y hecho de aquel eleccion; pero no, haviendo muerto antes de poderla hazer, por no haver sucedido, en tiempo, que aun vivian sus dos hijos, pues en esta especie excluhida la qualidad electiva del mayorazgo quedò este para la vocacion dicha regular, y desde entonces su hijo primogenito formò linea para si, y todos sus descendientes en exclusion de Don Onofre su hermano, y los suyos, cuya perrogativa para lograrla asistiria à la Marquesa su hija.

29 Pero la fuerça de este argumento con lo dicho es ninguna, pues la literal, y expressa vocaciõ, y voluntad del testador son mas poderosas, que la lineal succesion del mayorazgo, por estar en arbitrio suyo el orden, modo, forma, y personas, que han de suceder en sus casos, y tiempos, y à que se su-

geta

geta todo, y su mente à nada, ni à regla alguna, asi en lo general de las vltimas voluntades *l. 1. ad l. falsid. l. verbis legis 220. de verb. sign. l. in conditionibus. 19. de cond. & dem.* por ser ley aquellas *for. 44. rub. de testam.* como en lo peculiar del orden, linea de la succession en los mayorazgos, de que ay ley especial en Castilla, que es la *5. y 14. tit. 7. lib. 5. recop. ibi: Salvo si otra cosa estuviesse dispuesta por el que primeramente constituyò, y ordenò el mayorazgo*, Molina *de hisp. primogen. lib. 3. cap. 8 num. 3. & 5.* Vela *tom. 2. decis. 49. nu. 53. & 62.* Roxas *de incomp. p. 1. cap. 6. §. 13. num. 173.* y como quando à la vocacion de hijo, ò hija añade el testador los pronombres, relaciones, ò conotados dichos, consta expressamente de su voluntad, esta segunda, y no la perrogativa de la linea, ni aun del grado, ni de la proximidad *l. cum ita §. in fideicomisso de leg. 2.*

30 Con gran valentia Castillo *d. cap. 92. n. 33.* donde despues de los particulares apoyos, que dà à proposiciones, que tenemos propuestas, à la ojeciõ responde: *Nec attendendam esse prærogativam lineæ, & gradus, nec etiam respectu eiusdem vltimi possessoris proximitatem; quoniam voluntas testatoris prævalet, prædominatur, locum obtinet, facit lineæ, & gradus; & etiam remotioris personam admitti ex voluntate, & regulas omnes ordinarias successionis primogeniturum cessare Necideo controvenitur perrogative, & iuri lineæ sed potius ipsa servatur dando principium lineæ fæmeninæ in persona filiæ suæ, vel alterius, in qua lineam ipsam incipere dispones, sive maioratus institutor voluit, ex cuius voluntate, regulæ ipsæ ordinariæ, & prædictæ considerationes cessare debent.*

31 Y mas abaxo continua; *Quia prærrogativa tam lineæ, quam gradus, sexus, proximitatis, & ætatis subijciuntur omnino testatorum, & disponentium voluntati, qui possunt ad libitum anteponere, & posponere lineas summendo initium à proximiori, vel remotiori, pro vt eis placuerit, & visum fuerit, non attento iuris ordine: Atque ideo regulariter*

volun-

voluntas testatoris consideratur qualis fuit, non qualis esse potuit. Lo mismo con menos palabras, y otras authoridades asienta Larrea *d. decis. 54. num. 20.* y con lo demàs asta aqui dicho tiene aprobado este Suprema Consejo en las Reales Sentẽcias, que con sus votos se promulgaron en la Real Andiencia en 5. de Mayo de 1661. y 21. de Mayo de 1695. en favor del Conde de Sellent, y de Don Octer Català de Valeriola sobre la immissiõ en possession de la Baronia de Lauri, y Estado de Nules.

32 Merece reparo, que todas ellas hablan contra la continuacion de la linea admitida, hija del vltimo possehedor, nieto de la hembra que occupò la succession, y dan por indubitable, que quando por los modos que dexamos dichos contra la voluntad del fundador, que se cumple propria, y literalmente en hijo, ò hija, por ella se excluyen los q̃ son de la linea de los actuales possehedores, y de que miradas las reglas de los mayorozgos no puede salir la succession mientras ay persona succesible, sin embargo sale, y se posterga buscando la persona en quien quiso el testador tuviesse principio otra linea pues si esto pasa en la de los actuales possessores, cõ superior razon ha de proceder en la de los habituales por serlo la perrogativa en la linea actual que en la habitual de mayor eficazia la que mas poderosamẽte influye en los hijos del possessor, y sus descendientes, entre todas la principal, y aun la vnica pues atendiendo el derecho ay solo vna linea, que tenga perrogativa, que es la actual, y de los actuales posehedores, Mer. *de maior. par. 2. in princ. num. 5.* Roxas *d. p. 1. cap. 6. §. 12. à num. 148.*

33 Cõtraiendo, pues, lo solido de esta jurisprudencia al caso presente, deve dezirse, que no por que la premoriencia de Doña Vicenta Sanz al vltimo agnado le quitò la succession, y vso de la facultad de nombrar en successor à vno de sus hijos

Varones, para que la ocupasse, el primogenito à ella sobreviviente, que fuè el Padre de la Marquesa, constituyò yà linea habitual invariable, y cierta de inclusion suya, y su descendencia, y exclusion de Don Onofre, porque con esto se arriesgava el cumplimiento, y la contravencion de la voluntad del Testador puntualmente en el caso sucedido, de haver premuerto el Primogenito de Doña Vicenta, dexando hija hembra, y sobreviviendo Don Onofre, hijo de aquella, al vltimo agnado, pues queriendo el Vinculante, desde su principio, y con invariable certeza, que despues de los agnados, y de Doña Vicenta Sanz, sucediesse vno de los hijos varones de ella, no sucediera varon, ni hijo suyo, sino hembra, y nieta, lo que seria indefectible cōtravēciō à su expressa, y clara voluntad; como su puntual, y literal cumplimiento, que sucediesse Don Onofre, expressa, y literalmente llamado en la appelacion de hijo varon de Doña Vicenta Sanz.

34 Luego si à la linea mas ventajosa, y superior, principal, eficaz, y aun vnica, que es la de los actuales possessores, supera, predomina, y trastorna la voluntad del Testador, siendo assi, que ninguna como ella es mas poderosa para su contravencion, Roxas *vbi proximè. §. 2. à num. 30.* por ser la que deve observarse, en concurso de la linea, y regular succession, con mas razon ha de prevalezer à la linea habitual, y por tal aun no admitida, y à su formacion, no pudiendo caber con riesgo de contravenirse, la que es reyna de las disposiposiciones todas.

35 El modo como discurro puede subsistir lo que nos hemos opuesto, es, quedando las cosas en el mismo estado, esto es, sobreviviendole à Doña Vicenta sus hijos, y al vltimo agnado, pues entonces, y à semejante contingencia, se adapta, el que

no hecha eleccion por quien devia hazerla, ſucede ſu hijo mayor, ò por voluntad declarada, en el Teſtamento, ò porque en los Mayorazgos haviendo de ſuceder vno, y no por eleccion, à ſer el Primogenito; porque demàs, que la clauſula *rebus ſic ſtantibus*, no ay diſpoſicion teſtamentaria, ò legal, en que no quepa, deſta manera, particularmente quando la eleccion ſe ha de hazer de vno de los hijos varones de cierta, y determinada perſona, ſe obſerve la voluntad del Teſtador, y de la otra ſe contraviene.

36 Por lo que no luego que falta la poteſtad de elegir, por la premoriencia del que la tenia, ſe puede afirmar con legal fundamento, adquiere drecho indefectible à la ſuccesſion del mayorazgo, el mayor, y primogenito, entre los elegibles, quando no ha ſucedido aun el caſo de la vocacion; porque viniendo ſolo la tiene, y deve admitirſe, el que podria ſer elegido, por quien tuvo la facultad, ſi entonces viviesſe, como lo dize Peral. *in l. vnum ex familia. §. Rogo. num. 16. de leg. 2.* pues trayendo para ſu queſtion el text. *in ſupra citata, l. cum pater §. Hæreditatem.* con la ſinieſtra intelligencia, de que al legado hecho à vno de muchos, ſe admiten ſolamente los ſobrevivientes al tiempo que falta la facultad, ò poteſtad de elegir, la endreza ibi: *Nam ſenſus text. ſecundum Aber.* ibi: *Et DD. eſt, quod illi debent admitti, nulla facta electione, qui potuisſent eligi per hæredem viventem.*

37 Toma mas cuerpo lo que ſe esfuerça, por lo que diſpone el Fuero citado 44. *Rubr. de teſtam. ad fin.* que es, el que ſi el Teſtador haze muchos grados de ſubſtitucion de vna en otra perſona, y algunos de los intermedios ſubſtitutos, premuere al heredero inſtituydo, ò à otros, que le preceden en grado, la ſubſtitucion tenga lugar, y los bienes Vinculados pertenezcan à los vltimamente ſubſti-

tuhi-

tuhidos en la mifma forma, que fi el inftituhido, y fubftituhidos huvieffen muerto de grado en grado, fegun la ordinacion del Teftamento.

38 No pudiendo dudarfe, que defpues de los grados, y fubftituciones de los dos hijos, y defcendientes Varones de Varones del Teftador, y la hija mayor de Don Onofre, es immediato el grado, y la fubftitucion de vno de fus hijos Varones, que aunque todos la tenian à fu favor, y conftituhian grado en la aptitud, pero en la actualidad, folo el vno de ellos, no pudiendo fer dos los que le formaffen, por la clara voluntad del Vinculante, y por la peculiar naturaleza del Mayorazgo, conftituyendo los demàs hijos fuccefsivamẽte los otros grados, y el referido no caducò, aunque muriò antes que Don Diego Sanz, el Padre de la Marqueffa, por fobrevivirle, como le fobreviviò fu hermano Don Onofre, en quien fe mantenia.

39 Luego aunque Doña Vicenta premurieffe à fu hijo mayor, no pudo aquel formar linea invariable defde entonces para fi, y fu defcendencia, viviendo aun fu hermano, que conferva el grado del immediato llamamiento, al de Don Diego, y Doña Vicenta, y de la manera que fi efta huviera logrado el fuyo, y muerto defpues de fu hijo mayor, dexando en vnico à Don Onofre, le fuera innegable a efte la fuccefsion, lo ha de fer igualmente, fin embargo de la premoriencia de fu madre, à fu hermano, y à Don Diego, y como fi huviera muerto defpues de aquel, fegun la ferie, y orden con que cohordinò las fubftituciones el teftador, y fin haver podido dexar linea formada para fus defcendientes, ni admitirfe, fino es confervandofe las cofas en el eftado, que las dexò la muerte de fu Madre, hafta verificarfe el cafo de la fubftitucion.

40 Ni hafta fu evento deviamos dexar vivo, y fuperftite à Don Melchor, como quedò fu herma-

no,

no, para el argumento que deducimos del citado Fuero, porque no constituhia grado precedente al del hijo Varon de Doña Vicenta, y aun este solo en la aptitud por serlo de ella, y à esta causa poder ser elegido, ò sin eleccion por mayor, ò vnico sobreviviente al tiempo de la muerte de los agnados, y successiva de su Madre, tener en èl actualidad el grado, y lugar la substitucion, y assi hablando el Fuero de los grados antecedentes, y su caducidad, no siendolo el en que se halla Don Melchor, al del hijo varon de Doña Vicenta, no ay por donde se deva supponer vivo, al tiempo de la muerte de Dō Diego, para la municipal disposicion, con que arguymos.

41 Tampoco puede padecer la replica, de que la voluntad del Testador estaria en suspenso, y pē diente de la sobrevivencia, ò premoriencia de Dō Melchor, à su Madre, y à Don Diego, contra el text. *in l. fin. ff. compræt.* porque se entiende, y deve entender, en quanto à la cessión de ella, yà sea pura, ò yà condicional, quando se purifica, pero no en quanto à la extrinseca execucion, particularmente concurriendo para ello la misma voluntad, segun en nuestros terminos lo explica Peralt *in dict. l. cum pater. §. A filia. num. 95.* y nos desengaña el manual exemplo de nacerle hija al possehedor del Mayorazgo regular, que al mismo instante forma linea para si, y sus descendientes, de modo, que aunque tenga otras hermanas, muriendo el Padre, sucede indefectiblemente, y si antes tiene hijo, este naciendo adquiere otra, con que incluyendose excluye à su hermana, y à los suyos, sin que digamos por esso, que la voluntad del Testador esta en suspenso, y procediendo assi en el nacimiento, ha de ser lo mismo en la muerte de los hijos, sin diferencia alguna.

42 A que se añade, que el Testador diò à

Doña

Doña Vicenta, la eleccion de su successor, al que quisiesse de sus hijos varones, pues le concediò la misma, que à Don Onofre, que fuè con la dicha addicion, con la qual se explica, y entiende dada, libre entre los elegibles, pudiendo hazerla del segundo, tercero, ò quartogenito, el Señor Molin. *lib. 2. cap. 5. à num. 3.* Castil. *lib. 5. cap. 67. num. 3. & cap. 160. num. 15.* Alv. Peg. *de mayor. tom. 1. cap. 7. num. 227.* y trastornando con ella, la regular succession del Mayorazgo, como sienten los citados Autores, y en medio de privilegiarle con esta libertad, no quiso la pudiesse exercer, sino entre sus hijos del primer grado, y varones, porque vno de ellos explicò claramente queria lo fuviesse despues de aquella, y de los agnados.

43 Como, pues, sin agravio de esta evidente voluntad, nos hemos de persuadir fuè diferente, y no la misma en el caso, que por su premoriencia no pudo Doña Vicenta elegir, quando, aun discurriendolo en terminos de caso omiso, la expressa es pauta para reglar la tacita, por subrogarse en su lugar, deviendo por ello saber en todo à sus qualidades, pues lo idemptifica la subrogacion, *l. 1. §. Hæc actio si quis test. lib. esse iuss. l. vnica. §. 1. C. de rei vxor. act.* y de lo tacito, y expresso, ser vno el juyzio, *l. item quia de præt. l. cum quid. ff. si cert. petat.* Barb. *axiom. 213. à num. 1. & 218. à num. 1.* mayormente, no pudiendo hallar razon de diferencia, porque en el caso de la eleccion quiso el Vinculãte huviesse de succeder vno de los hijos Varones de Doña Vicenta, y al contrario en el de la no eleccion? el Señor Vicecanceller Crespi *observ. 22. num. 44.* antes se encuentra mayor para la vniformidad, por lo mismo que dexamos dicho.

44 Y mas reconociendose, que el medio de que se valiò el Vinculante para cumplimiento de su cierta voluntad, que es la eleccion, y nombramiento, fuè lo vnicamente no practicable, por la premoriẽcia de Doña Vicenta, y hasta aora nadie ha dicho, que porque

falten

falten los medios que previenen los Testadores, para la execucion de su voluntad, se trastorne, ò haga cessar. Buen exemplo nos dà el de la *l. mulier. 22. ad Trebel.* ò el que para la decision de la especie, que en ēl se pinta, sirviò de exemplar, que fuè haver la muger separada del marido gravado à su heredero restituyesse la herencia à sus hijos, con la condicion, si por la muerte de el Padre saliessen de su potestad, cuyo eventu no se verificò antes su defecto, pues les emancipò el Padre, y por esse medio salieron de su potestad, sin poder yà por el de la muerte, y no obstante se les hizo restituyr la herencia, porque aunque faltò el medio, no la voluntad, y de este text. son concordantes el de la dicha *l. si fideicōmissa. 11. §. Si cui ita de leg. 3. l. si ita. 13. quando dies leg. ced. l. patrem. 29. ff. quæ in fraud. cred.* Assi pues devemos afirmar, que aunque el medio del nombramiento, con el q̃ explicasse Doña Vicenta, qual de sus hijos Varones era el que havia de suceder despues de su muerte, y de los agnados, se frustrò por su premoriencia, quedò firme la voluntad del Fundador, de que vno de ellos succediesse, el que en dicho caso fuesse el mayor, ò el vnico.

45 Todo lo que hasta aqui se lee discurrido, ha sido cō el fin que dexamos dicho al principio, de probar, y aun evidenciar la literal vocacion de Don Onofre, en el caso de la disputa, que se cree logrado, y dexando en su fuerça los motivos de la Real, y Suprema Sentēcia, que se controvierte, y que se han calificado por mi parte, con la autoridad intrinseca, y extrinseca de textos, y autoridades, que persuaden, ser el fideycommisso, de cuya disposicion hablamos, perpetuo, electivo, y de agnacion verdadera, en los dos hijos del Instituhidor, y sus descendientes, y artificiosa en los de Doña Vicenta Sanz, con la qualidad de la sobrevivencia en todos los llamados, que si aquella huviera ocupado la succesiō, deviera haver elegido à Don Onofre, sin poder à Don Melchor, por su premoriencia, ni à la Marquesa, por nieta, y hembra, y que aquel por vnico, al tiempo de

la

la vacante quedò elegido: Y finalmente, por D. Diego Sanz, quien se deve conceder tuvo la facultad de nom- brar premuerta Doña Vicenta, por ser el fideycommis- so tan electivo, como perpetuo, y entenderse, que co- mo real se diò à todos los successores, porque estos mo- tivos, y razones son de tal eficazia, que parecen indi- solubles.

46 Pero quando padeciessen alguna duda, devia explicarse à favor de Don Onofre, porque tomò paci- ficamente possessiō de el Lugar de Guadasequies, y de- mas bienes del fideicomisso, y contra el puso la instan- cia la Marquesa paraque se declarase le pertenecia la succession en el caso de morir Don Diego sin hijos sus- citando el juizio de propriedad, segun se ve por lo di- cho, y porque à no ser asi, se le huviera reservado en las Reales Sentencias que han recahido, y siendo dos, vna en la Real Audiencia de Valencia en fovor de la Marquesa, otra en este Supremo Consejo à favor de Don Onofre, la ley municipal de aquel Reyno, y las re- glas de drecho persuaden haverse de confirmar la que ganò Dō Onofre, y resolver la dubiedad à su favor por possessor, y reo.

47 En esta forma lo estableze el Fuero 15. *rub. de execut. rei jud.* En quanto afirma, que si dos seràn dele- gados en vn pleyto, y el vno diere la Sentencia por el actor, y el otro por el Reo, estèn ambas pendientes asta que recaiga de otro Iuez, porque deve ser confirmada la que se diò por el reo, porque donde son obscuros, y dudosos los drechos de las partes, siempre deve ser juz- gado contra el Actor por ser mas favorables los reos, y por haver de ser los Iuezes mas benignos, y promptos para absolver, que para condenar, y lo proprio dizen los text. *in l. vtifrui. 5. ff. si vs. f. petat. l. Arrianus 46. de oblig. & act. l. inter partes 28. ff. ne re jud. l. favorabiliores de reg. iur. l. fin. C. de rei vind. cap. inter dilectos de fid. inst. cap. ex liberis cap. in præsentia de probat. cap. fin. de Sententia, & re iud. cap. in pari de reg. jur. in 6.* Suar. *cons. 10. num. 82.* Burg. de Paz. *cons.*

conſ. 27. n. 31. Valenz. *conſ. 23. à n. 171.* el Señor Creſp. *obſer. 23. quæſt. 9. num. 180.*

48 Y porque no ſiendo otra la vocacion en el caſo de la vacante, que la dada por el teſtador à vno de los hijos Varones de Doña Vicenta Sanz, la Sentencia de la Real Audiencia de Valencia juzgò la tenia, y tiene la Marqueſa, ſiendo aſsi, que ni ſe acomoda à las palabras, ni à la voluntad del difunto, pues las de hijo Varon de Doña Vicenta, ni ſignifican hembra, ni nieta ſuya, ni la mente de quien las profiere es, ni puede ſer incluirla, con que ſe viene puntual à eſta Sentencia lo que de otra dixo Celſo *in l. ſi ancillas. 63. ff. de leg. 1.* ibi: *Et nec verbis, nec voluntati defuncti accomodata hæc Sententia eſt:* Y al contrario la de eſte Supremo Conſejo, que declarò por cierto el llamamiento à favor de Don Onofre, ſe ajuſtò à la ſignificacion de las palabras, y voluntad del Vinculante, ſiendo, como era aquel, hijo Varon de Doña Vicēta, y el vnico al tiempo que ſe deferiò la ſuccelsion del fideicommiſo, y aſsi ſe le adapta la calificacion, que diò a otra Iuliano *in l. ab omnibus 114 ff. eod.* ibi: *Cum & ſignificatio verborum non repugnet huic Sententiæ, & voluntas teſtatoris congruat*, con mayor razon, pues no ſolo no repugna el ſignificado de las palabras, ſino que es el proprio, y literal: con que parece, que quando ſe conſidere alguna dubiedad, ſe ha de confirmar la Sentencia de eſte Cōſejo, y revocar la que diò la Real Audiencia de Valencia.

49 Por todo lo que ſiento deve declararſe contra la Marqueſa, y à favor de mi parte. Salva Semper cenſura, en Valencia à 17. de Octubre de 1699.

El Dotor Ioſeph Sanchis.